✠

POR
DON FERNANDO IOSEPH
de Argote y de los Rios, Ventiquatro de la ciudad de Cordoua, y Señor de la villa de Sanchomiranda, y Sanchomirandilla.

EN EL PLEYTO

CON

Don Iuan de Argote, y Doña Catalina de Argote:

EN RESPVESTA DE SVS informaciones en derecho.

TRES son los opositores a la tenuta de los mayorazgos que vacaron por muerte de D. Alõso Fernandez de Argote, vltimo posseedor: D. Catalina Fernandez su hija, que los prete͂de como regulares, y como hija del vltimo posseedor, y excluir a D. Fernando Ioseph, y a D. Iuan, como a parientes mas remotos: D. Fernando Ioseph los pretende como de masculinidad, con que excluye a D. Catalina por incapaz de la sucession, y a D. Iuan como a varon mas remoto; y D. Iuan los pretende como de agnacio͂ absoluta, de que no son capazes, D. Catalina por el sexo, y D. Fernando Ioseph, por ser varon de hembra. Y assi los discursos de todos, se han enderezado a probar cada vno su in-



tencion. Y aunque auiendose visto por parte de D. Fernando Ioseph con toda atencion, parece, que no ay fundamento q̃ precisamente necessite de respuesta; porque muchos de los de ambas informaciones contrarias no se aplican bien a las Clausulas, ni a las palabras expressas de la fundacion, y otros no se apoyan con derechos seguros, ni opiniones ciertas, y a los demâs que parece conducen, se puede afirmar, que estan satisfechos en su primera alegacion. Con todo esso ha parecido formar este breue discurso, para mayor satisfacion, en q̃ se guardarà el mismo orden que en el primero, que se diuidio en tres partes.

Primera Parte.

1 ¶ El discurso de la primera parte de la primera alegacion vino a parar, en que la determinacion de la tenuta de todos estos mayorazgos, se debe gouernar por la escritura de fundacion, que D. Francisca de Aguayo, la de la Casa 1. del Arbol, otorgó en 22. de Abril del año de 1548. en que incluyô todos los bienes de que auia hecho antes donacion a D. Diego de Argote su nieto de la Casa quarta de el Arbol, y los de la fundacion de Doña Ines de Aguilar su hija, de la Casa 3. Fundando para este efecto tres puntos. El primero, la voluntad de la dicha D. Francisca, que fue expressa de hazer la dicha vnion. El segundo, que lo pudo hazer, como lo hizo. El tercero, que supuesta la dicha vnion; y que siempre los bienes de los dichos mayorazgos han andado juntos, y posseidos en virtud de la fundacion segunda de la dicha D. Fracisca, no se podia tratar de diuidirlos en este juizio de tenuta, por ser tocante al de la propiedad.

2 En quanto al primer punto de la voluntad de la dicha D. Francisca, no ay que añadir, ni que replicar, porque es expressa, *& grossis verbis explicata, l. ille, aut ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3.* Y en quanto al tercero, solo se ofrece, que añadir, que D. Iuan de Argote puso su demanda, refiriendose solo a la dicha escritura de segunda fundacion de la dicha D. Francisca; y que aunque despues (fuera de tiempo) quiso estenderla a las otras escrituras de fundacion, añadiendo a su demanda, y prouisiones de emplazamiento, lo que en ellas no se auia puesto al principio, el Consejo le multô, y mandó, que todo lo

que

que miraua al particular de la adicion, se tildasse, y borrasse; con que vino a quedarse la dicha su demanda en sus primeros terminos, y ajustada a la dicha escritura de segunda fundacion de la dicha D. Francisca, y en esta parte mas llano el intento, de que solo por ella se ha de juzgar esta tenuta.

Y en quanto al segundo punto de la potestad de la dicha D. Francisca, que es el que parece podia tener alguna dificultad, por la escritura de capitulacion matrimonial de 6. de Setiembre de 547. para el casamiento del dicho D. Diego de Argote con D. Elvira de Herrera, y la del vinculo de 15. del dicho mes y año, que la dicha D. Francisca otorgò a fauor del mismo D. Diego, en execucion de la dicha capitulacion matrimonial. Lo que se ofrece que añadir a los fundamentos de la primera alegacion desde el nu. 9. hasta el 24. (donde se trato de que la dicha D. Francisca pudo calificar los nueuos llamamientos de la dicha primera fundacion, mayormente auiendolo consentido los primeros llamados) es lo que en la propia especie resuelue D. Iuan del Castillo *lib. 3. controu. c. 10. num.* 24. ibi: *Quòd sicut postea non potest maioratum, aut meliorationem reuocare, sic nec aliquam declarationem facere filio non consentiente, quæ illi præiudicium aliquod afferat, qui & num. 44. & aliquibus sequentibus alijs fundamentis eandem resolutionem exornat.*

3 Rursus, que la resolucion referida procede en la reuocacion absoluta, con perjuyzio de los descendientes del matrimonio, por cuya contemplacion, y a cuyo fauor se hizo la donacion, ô el mayorazgo; pero quando no es absoluta la reuocacion, ó extincion del mayorazgo, sino que se limita, ô modifica, poniendo algunas cõdiciones, ó grauamenes, y dexando la sucession en los mismos descendientes interessados, como lo hizo D. Francisca de Aguayo, que en la vltima disposicion hecha en virtud de facultad, conseruô el mayorazgo en los descendiẽtes del matrimonio de D. Diego Fernandez de Argote su nieto, y D. Elvira de Herrera, por cuya contẽplacion, y a cuyo fauor auia prometido hazer mayorazgo, y lo auia hecho alterãdole solamente en la prelaciõ q̃ dà a todos los varones descendientes de aquel matrimonio à las hẽbras, aunq̃ sean de mejor linea, pudo hazerse licita, y juridicamente, *vt agnoscit post Hugonem in cons.* 120. *num.* 43. *Molino de ritu nuptiar. lib. 3. q. 3. nu. 30. y en la q. 6. num. 24. ad fin.* dõde auiendo disputado latissimamente por toda aquella que-

stion, que el mayorazgo hecho por causa onerosa de matrimonio es irreuocable, dize: *Licet existimem posse patrem filijs nasciturus, sic donantem; quia non à traditione incipit donatio in testamento vincula, & substitutiones apponere; non enim hæc pertinent ad reuocationem donationis, sicut censui supra, quæstion. 3. num. 30.*

4 Quæ quidem resolutio confirmatur con lo que en la l. 27. de Toro està resuelto, y practicado, videlicet, que el padre que haze la mejora, nò puede poner condicion exclusiua de sus descendientes a fauor de transversales, ni mandar, que no sucedan Hembras, Religiosos, ni otros semejantes. Et nihilominus, se le permite entre los mismos descendientes, prefiriendo los vnos en exclusion de los otros, como excluir hembras mientras huuiere varones descendientes, y al Frayle, y la Monja de mejor linea, para que suceda otro descendiente mas remoto; porque como la prelacion que dá la ley, es en fauor de todos los descendientes, *non prodest vni contra alterum, vt resoluunt Tello in d.l. 27. num. 4. Ioann. Gutierr. libr. 3. practic. quæst. 53. num. 4. Angulo in tract. de meliorationib. glos. 9. num. 1. & gloss. 11. num. 4. & gloss. 8. num. 1. Matienzo in l. 6. tit. 6. gloss. 4. lib. 5. Recopilat. ex num. 2.* y por esta misma resolucion es el Señor Doctor Luis de Molina *lib. 2. cap. 12. num. 53.* y su Adicionador, y latamente Castill. *controuers. lib. 5. cap. 99. per tot.* Tanto mas auiendo añadido, como la dicha D. Francisca añadio en la vltima fundacion que hizo en virtud de Facultad Real; y aumentó el mayorazgo, en vtilidad de todos los descendiẽtes, segun el grado, y lugar en que los dexó llamados; cõ q̃ tambien le fue licita la alteracion, *ad textum in l. si pater puelæ, C. de inoffic. testam. ipse D. Molin. de primog. lib. 1. c. 8. num. 35. vbi Additionat. Castill. tom. 3. controuer. cap. 10. num. 9. vbi alios adducit.*

5 Præter quam quod si se consideran atentamente ambas las fundaciones, y disposiciones de la dicha D. Francisca, en la segunda, no altera (a nuestro entender) en nada los llamamiẽtos de la primera, sino tan solamente los explica, y declara mas, porque los llamamientos de la primera son prelatiuos de todos los varones à las hembras de mejor linea, como se fundó latamente en la primera alegacion principal, à num. 33. 38. y 88. cum aliquibus seqq. Y esta mayor expresion, y declaracion la pudiera hazer D. Francisca de Aguayo, etiã

si

si los llamamientos de su primera disposicion no estuuieran tan claros, sino dudosos, sin que se entendiera alterar en nada la primera disposicion, *vt per textum in l. haeredes palam, §. si quid post, ff. de testament. Simon de Praet. de interpret. vltimar. voluntat lib. 1. interpretat. 1. dubitation. 5. solution. 11. Mieres de maioratib. 1. p. q. 44. à num. 4. & cum alijs Castillo controuers. iuris, libr. 3. cap. 10.* Y lo funda tambien el Abogado de doña Catalina en su alegacion principal, num. 32. y en el num. 79. y no funda cosa en contrario en quanto a este particular en el nu. 70. donde trata del primero mayorazgo de D. Francisca, y siempre se ha entẽdido por los sucessores esto mismo, como lo dà a entender la demanda del dicho D. Iuan de Argote, y la del dicho D. Fernando Ioseph de Argote.

Segunda Parte.

6 ¶ En la segunda parte de nuestra alegacion se resoluierõ tres puntos. El primero, la inclusion, y llamamiento de don Fernando Ioseph, con prelacion conocida en esta vacante. El segundo, de la exclusion de D. Catalina, sin embargo de que sea hija del vltimo posseedor. Y el tercero, de la exclusiõ de D. Iuan de Argote, aunque sea (como el pretende) descendiente legitimo, y agnato de D. Alonso, y D. Diego de Argote, hijo, y nieto de la dicha D. Francisca. Y para proceder con la misma claridad, en la respuesta que dieremos a los fundamentos que por D. Catalina, y D. Iuan se ponderan en sus alegaciones, cõtra la resolucion de los dichos tres pũtos, hemos de guardar en este discurso el mismo orden.

PRIMERO PVNTO.

7 ¶ Difusamente discurre el Abogado de D. Catalina en la 1. y 4. parte de su alegacion, sobre la inteligencia de los llamamientos de los mayorazgos de D. Ines de Aguilar, de la Casa 3. del arbol, y de la 2. de la dicha D. Francisca, que son en las que mas dificultad reconoce, porque en las demàs fundaciones: la primera de D. Francisca, y la de D. Alõso de Argote, y la de D. Diego de Argote, como en cosa que a su parecer es llana, no funda nada en la 2. y 3. parte de su alegacion, teniendo estas la misma dificultad, que essotras, como

queda fundado. Y todo su discurso viene a parar en dos fundamentos. El vno, de que D. Catalina tiene por si las reglas ordinarias de la sucession de los mayorazgos de linea, y grado, como hija del vltimo posseedor. El otro, q̃ en las fundaciones de las dichas D. Ines y D. Fráċisca, no solo no se halla excluida, pero expressamente llamada.

8 Sed vtroque pede laborat, porque el primero fundaméto es llano, y en nuestro pleyto lo fuera, si la volũtad de las fundadoras no estuuiera en contrario, que es la ley superior, y la que en primer lugar se debe obseruar, *l. in conditionibus, ff. de cōdition. & demonst. Auth. de nupt. §. disponat, collat. 4. l. 40. Taur. in fine.* y se fundò copiosamente en nuestra primera alegacion, num. 38. y la voluntad de las dichas fundadoras, de auer querido dar prelacion a todos los varones descendientes de los primeros llamados, a las hembras, aunq̃ fuessen mas cercanas, y hijas de los posseedores, es clara y euidente.

Primera Clausula.

Porque la dicha D. Ines de Argote en la Clausula en q̃ gradua la sucession de mayorazgo, mem. fol. 2. a la buelta llama en primero lugar à *Alonso Fernandez de Argote su hermano, y despues a su hijo varon legitimo, y despues a su nieto, y bisnieto, y los descendientes dellos varones legitimos, y que assi vaya discurriẽdo, y sucediendo por los descendientes varones mayores, para siempre jamas por linea masculina.*

Segunda.

Y en defecto de varon, llama a la hija mayor legitima, que se llamé y tenga el nombre y apellido de Argote, y con tal condicion, que se aya de casar y case con el deudo mas cercano, que a la sazon huuiere de los de Argote, que se pueda hazer sin dispensacion, ò con ella, y por su muerte, su hijo mayor, que sea obligado de casar, y case con hijadalgo, y no de otra manera, y despues del vengan los dichos bienes, y sucession de ellos, por la orden susodicha.

Tercera.

Y si acaeciere, que viuiendo el que tuuiere y posseyere los dichos bienes, finare su hijo mayor, que auia de auerlos y heredarlos, y dexare de aquel hijo varon legitimo, nacido de legitimo matrimonio; en tal caso todauia suceda en los dichos bienes el tal nieto, hijo del tal hijo mayor difunto; y sino tuuiere, ni dexare hijo, y quedare su muger preñada, se espere al parto, y si pariere hijo varon, el tal hijo aya los dichos bienes, no embargante que aya otro hijo segundo varon legitimo hermano del di-

difunto, y despues de los dias de aquel, los aya y suceda el hijo varon mayor, y assi dende en adelante, discurriendo de varon en varon legitimo, toda via el mayor en grado, por la linea derecha masculina, y en defecto de varon, la muger, sucediendo luego despues della en varon, por la ordē y regla, y sucession, y generacion legitima en todo tiempo, para siēpre jamàs, guardando el orden, y regla susodicha, y no excediēdo, ni saliēdo fuera della en cosa alguna, por alguna manera causa, ni razon, ni color que sea.

Quarta.

Y en la Clausula 4. fol. 4. considerando la deficiencia de los hijos, y descendientes del dicho Alonso de Argote, dize: *Y si por caso el dicho Alonso Fernandez de Argote su hermano falleciere sin dexar hijos legitimos varones, ni hembras, en tal caso manda que vengan los dichos bienes que de si huuiere a la sazon, al q̄ se llame y tenga apellido de Argote, y despues del a su hijo mayor varon legitimo, y despues del a su hijo, y nieto, y bisnieto mayor legitimo, y assi vaya discurriendo por sus descendientes de varon en varon legitimos, y por defecto de varon, suceda la hija mayor legitima, y despues della, su hijo, nieto, y bisnieto, por la via y regla, y con las condiciones, y substituciones, y penas de suso declaradas.*

Y luego prosigue a hazer otros llamamiētos en la misma conformidad, y en las clausulas que se refieren en el Memorial, a fol. 12. y particularmente desde el fol. 16. de la fundacion, y mayorazgo segundo de la dicha D. Francisca de Aguayo se hallan las mismas substituciones, y llamamiētos, con la misma calidad de varonia, y exclusion de las hembras hijas de los posseedores, por los varones mas remotos, vt patet Memor. fol. 16. a la buelta, donde constituyendo vna regla general para la sucession, dize:

Quinta.

Si vos el dicho mi hijo a la sazon no tuuieredes hijo, ni nieto, ni otro descendiente varon, nacido de legitimo matrimonio, por la via masculina a quien pertenezca el dicho mayorazgo, segun que en esta carta, è institucion se contiene, si tuuieredes, ò tuuieren hija, a esta tal no la llamo, ni sea llamada al dicho mayorazgo, ni pueda ser parte para auer los dichos bienes, è que los aya, è vengan al hermano mayor legitimo del posseedor, que fallecìo sin dexar hijos varones, y despues del su hijo, nieto, è bisnieto, è los descendientes dellos varones; por manera, que auiendo varon de la dicha descendencia, no pueda ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo.

Sex-

Sexta.

Pero en caso que no aya varones en la dicha descendēcia legitimos vengan los dichos bienes a la hija mayor legitima del tal sucessor, e sucessores, que fallecio sin dexar hijos, ni nietos, ni otros descendiētes varones, y despues della su hijo, nieto, y los descendientes dellos varones mayores, guardando, y cumpliendo todas las clausulas, condiciones, è prohibiciones en este mayorazgo contenidas, con tāto que la hija, è muger llamada a este dicho mayorazgo, sea obligada a se casar, è case con el pariente q̃ en defecto della seria llamado al dicho mayorazgo, si fuere dispensable, gañando dispensacion para ello.

Septima.

Y en el fol. 18. constituyendo otra regla general, y considerando la misma deficiencia de los varones, que queda referida, y declarandola mas, dize: *E si vos el dicho mi hijo a la sazō no tuuieredes, ni tuuieren hijo, nieto, ni otro descendiente varon, nacido de legitimo matrimonio, por la via masculina, a quien pertenezca el dicho mayorazgo, segun que en esta carta, e institucion se contiene, è tuuieredes, e tuuieren hijo, o otro descencendiente, por la via femenina, remane ciendo vuestra muger, o la suya legitima preñada, quiero, è mādo, que este dicho mayorazgo, è sucession del, estè suspenso, è vaco, è q̃ no sean ocupados los dichos bienes, ni su muger despojada dellos hasta que aya parido, è si pariere fijo, aya y herede el tal hijo este dicho mayorazgo, e bienes del; è si fuere hija, se guarde la orden deste dicho mayorazgo.*

Octaua.

Y que esta regla, y orden sea guardada, y tenida en la sucession de los varones mayores descendiētes de vos el dicho mi fijo, y assi de varon en varon, como dicho tengo, y en defecto de varon, se guarde la sucesion, regla, e orden, como, e de la manera que por mi està dicho, e declarado, por manera, que auiendo varon, no pueda ser llamada muger alguna.

9 Supuestas estas clausulas, estraño parece, y fuera de proposito el discurso que haze el Abogado de D. Catalina en la primera parte de su alegacion desde el num. 2. hasta el 9. fundado en las leyes, y reglas ordinarias de la sucessiō de los mayorazgos: y tambien el segundo, desde el num. 9. proximo siguiente, hasta el 70. donde pretende declarar las dichas clausulas, y substituciones, y ajustarlas a los mismos principios, y reglas ordinarias, y generales de la sucession regular, para incluir, conforme a ellas, à la sucession destos mayoraz-

razgos a D. Catalina. Y aun ocioso el nuestro, en que tratamos de responder, y dar mas satisfacion de la que en nuestra informacion principal està dada, y la que resulta ex ipsarũ clausularum & substitutionum tenore.

10 Lo primero, porque las autoridades de la Sagrada Escritura *Num. cap. 27. y en el cap. 36. Iosue cap.* 17. demàs de ser leyes para aquellos siglos, y no poderse traer para las sucessiones de los presentes, no fueron interpretatiuas de llamamientos de varones, como el Abogado de D. Catalina refiere, sino determinacion de la diuina voluntad, disponiendo sucessiõ regular en las familias, y Tribus de los hijos de Israel, admitiendo a las hembras en su lugar, y grado. Y esto mismo procede en todas las edades, desde que en estos Reynos de Castilla se introduxo la sucession de los primogenitos, desde el mayor, y mas sublime, hasta el mas inferior, *vt constat ex l. 2. tit. 15. p. 2.* que trata de la sucession regular, con disposicion comprehensiua de varones, y hembras, començando desde los varones, prefiriẽdolos a las hẽbras, hallãdose en el mismo grado, y linea, vt patet ibi: *E por ende establecieron, que si fijo varon non obiesse, la fija mayor heredasse el Reyno,* auiendo dicho antes: *Tuuieron por derecho, q̃ el señorio del Reyno no lo obiesse sino el hijo mayor.*

11 Pero siempre dexando el arbitrio, y voluntad libre a los testadores, y fundadores, para que dispusiessen cõforme a su voluntad, vnas vezes excluyendo a las hembras totalmẽte de la sucession, otras suspendiendolas por cierto genero de varones, vt agnoscunt omnes, y lo resueluen asi los derechos de todas edades, y los Escritores antiguos, y modernos, que referimos en nuestra primera alegacion 2. punto, à num. 38.

12 Lo segundo, que como tantas vezes hemos repetido, la voluntad de las fundadoras es clara, para que D. Catalina no aya de suceder, ni pueda en esta vacante, sin embargo de los sentidos, é interpretaciones que el Abogado de D. Catalina quiere dar a las clausulas de nuestras fundaciones, porque el llamamiento tan continuado, y repetido de varones, que en todas ellas se halla, no se puede aplicar al que regularmẽte cõciben los fundadores, para la prelacion ordinaria de las hembras que se hallan en la misma linea, y grado, conforme a las Leyes de Partida, y a la doctrina de los Doctores, que

el Abogado de D. Catalina refiere en la primera parte de su alegacion desde el num. 10. como dellos se colige, sino para exclusion irregular de las hembras, masculis vlterioris gradus, & lineæ existentibus, ex congestis in nostra 1. allegatione à num. 40. *& iuxta tradita à Domin. Molina libr. 3. cap. 5. per totum, & eius Additionatore ibidem nu. 30. quibus addendi sunt Sousa in l. fœmina, num. 35. ff. de reg. iur.* donde citando a muchos, y refiriendo los casos particulares, en que el varon mas remoto excluye la hembra mas cercana, in vers. *Quartus casus*, dize:

13 *Attamen si speciatim vocentur liberi, seu descendentes masculi, fœminæ non continentur, quas masculos non esse constat, Bartul. in l. cũ auus, num. 4. ab omnibus nemine discrepante receptus* : y alegando para esta conclusion a Molina, Mieres, Antonio Gomez, Mantica, y Aluarado, prosigue con otra, his verbis : *Item licet aliàs dispositio in masculo concepta si eadem ratio datur etiam fœminis adaptari soleat, Bald. in c. licet vniuersis, de testibus, idque etiã si verbum masculus apponatur, quasi scilicet verbum illud gratia demonstrationis, seu exempli, seu etiam maioris frequentiæ, non verò ad exclusionem fœminarum appositũ censeri debeat, Decius cons. 268 ex num. 2. post alios Ias. in l. 1. ff. de legib. num. 5. Attamen secus est in nostris terminis cum enim testator, dum ex proposito constituit ordinẽ succedendi in maioratibus, solùm masculos vocat, profectò, nihil aliud prætendit, quam fœminas excludere, ac ideo prædictæ differentiæ in proposito impertinentes censeri debent, vt eleganter Molina in d. cap. 5. à num. 37. Ac ita prædictam conclusionem post alios explicat, & cõmuniter receptam esse, testatur Gregor. dicto verbo* Mugeres, *q. 21 vers. Et nota, & versic. Si verò, Aluarad. §. 4. num. 6. Pelaez, & reliqui vbi supr. Molina d. cap. 5. ex num. 30. qui nu. 37. ita in praxi obseruari testatur, idque apertius apparet, vbi non solum masculos natos, sed etiam nascituros in perpetuum vocat, Gregor. & Pelaez vbi supra.* Y D. Iuan del Castillo *lib. 3. controuers. cap. 15. numer. 26.* donde refiriendo a Mantica, y a otros, resuelue lo mismo.

14 Lo tercero, porque ay otras razones particulares, que resultan de las mismas clausulas referidas, que persuaden aun con mas indiuidualidad el intento que se và fundando. La primera, porque es certissima la prelacion de todos los varones, quando en lo dispositiuo estan llamados antes q̃ las hembras; pero quando en lo condicional se hallan puestos,

pa-

para llegar a llamar a las hembras, como parece de las Clausulas 2.3.4.5.6. y 8. referidas supra num. 8. en todas las quales estan llamados todos los varones descendiẽtes de los primeros llamados, y a falta dellos las hembras hijas de los vltimos posseedores, no es disputable la prelacion de todos los varones; y la exclusion de las hembras mas cercanas al vltimo posseedor, vt ex Bart. Ruin. Menoch. & alijs, quedó fundado en nuestra alegacion primera, num. 46. *& resoluunt Tiber. Decian. cons. 74. num. 26. volum. 3. y el señor Molina de primogen. lib. 3. c. 5. num. 31. & seqq. & num. 37. & eius Additionator in num. 30. plura referens Casanat. cons. 50. num. 3. & sequentibus,* todos los quales afirman, que la prelacion de varones en semejantes llamamientos, es irregular, y se estiende a los mas remotos.

15 La segunda, porque no solo estan llamados, y preferidos vniuersal, y colectiuamente todos los varones descendiẽtes de los primeros llamados, y de los fundadores, a las hẽbras en lo dispositiuo, y cõdicional, sino que las mismas tienen llamamiento discretiuo, y posterior al de todos los dichos varones en todas las substituciones de ambas las dichas dos fundaciones; el qual llamamiento discretiuo, y posterior induce dos efectos. El vno, que las hembras no tienen llamamiento en los grados, y substituciones antecedẽtes. El otro, que el llamamiento, y substitucion que puedẽ pretender tener las hembras, es a falta de todos los varones comprehendidos en las substituciones antecedentes, *vt voluit Bald. in l. in multis, ff. de stat. homin. & melius, cons. 186. num. 1* adonde pone quatro reglas, para entender quando la hija no se incluye, ni comprehende en el llamamiento legal, ni en el de los hijos. Y en la segunda (quæ ad rem facit) inquit: *Secunda regula est, quoties discretiuè disponitur de pluribus vnum non continetur, sub altero, licet discretionis, ratione non apposita crederetur includi.* Et inferius, ibi; *Sed hic testator circa filias discretiuè, taxatiuè, & specialiter ordinauit; ergo sub tacita, & generali interpretatione masculini generis eas non admisit. Iason in l. si id quod, num. 13. de iurisd. omnium iudic. & in l. cohæredi, §. qui discretas, num. 88. ff. de vulgar. Zancus in l. hæredes mei, §. cum ita, p. 7. numer. 96. & 97. ff. ad Trebellian. Hieronym. Gabr. cons. 69. num. 3. vsque ad* 9. dum dicit: *Quæ conclusio in casu nostro videtur procedere sine dubitatione; quia cum in defectum filiorum, & nepotum Ioan-*

nis

nis sint vocatæ filiæ Lantis principalis Receptoris apparet, intellectũ fuisse, vt sub concessione facta Lanti, & Ioanni, pro cuiuslibet eorum filijs, & nepotibus, nõ comprehenderentur fœminæ, aliàs non potuisset vacare filias Lantis, atque de eis discretiuè disponere, Thesaurus decis. 188. n. 16. ibi: *Tertio fallit, quando postea à litera appareret de voluntate testatoris, quod masculos vocare voluerit, vt si post vocationem, & substitutiones factas in personam agnatorum fœminas proximiores de casata, seu testatoris vocasset*. Simon de Prætis *lib. 3. de interpret. vltim. volunt. dubit. 3. solu. 2. n. 48. ad hoc videdus D. Molin. d. lib. 3. cap. 5. num. 37. vers. Nec obstat, Mieres 2. p. q. 6. num. 65.*

16 Tertia ratio, & magni momenti est, que los varones descẽdiẽtes de las fundadoras, y primeros llamados, lo estan en todas las substituciones succesiuamente de vno en otro, y por la linea masculina, y a falta dellos entra la substitucion de las hembras, como parece de las clausulas que quedan referidas en el num. 8. y de las demás del Memorial, que dexamos de referir, en cuyos terminos no es possible que tẽga entrada ninguna hembra, hasta acabada la descendencia de los varones, *vt est doctrina originali Pauli de Castro in l. maritus, num. 5. C. de procuratorib.* cuya opinion, y razon tiene, y sigue el señor Molina *lib. 1. de primogen. cap. 6. num. 38. & lib. 3. cap. 5. num. 69. & plenissimè comprobauit Fusar. de substit. q. 346. per tot. vbi num. 16.* dize: *Tertiò, qui vult succedere tanquam de linea masculina debet habere duas qualitates, quod sit ex linea, & quod sit masculus, ergo fœmina, quæ non habet qualitatem masculinitatis, non poterit succedere, & hoc argumento vsi sunt Gozadin. cons. 87. num. 15. Menoch. cons. 205. num. 29. Peregrinus art. 26. num. 29. vers. Circa verò secundum.* Y antes lo dixo doctamente, y por medios aun mas apretados Gregorio Lopez *in l. 2. tit. 6. part. 4. verbo Linea, circa fin. Castillo libr. 5. cap. 91. num. 83.*

17 Ex quibus rationibus apparet euidenter, quan sin fundamento, y contra la inteligencia verdadera de las dichas clausulas discurre el Abogado de D. Catalina en su alegacion, 1. parte, por toda ella, queriendo dar a entender, que todas las vocaciones, y substituciones son regulares, y los llamamientos de varones tan repetidos tambien lo son, y solo para darles prelacion a los varones in eadem linea, & gradu, y que se limitan, y contienen solamente en la linea efectiua,

qua-

quasi dicat, quod testatrices expresserunt in vocatione masculorum qualitatem, quæ tacite inerat; sin que tuuiesse otro misterio la formacion de los dichos llamamiẽtos, conforme a las Leyes de Partida, y Doctrinas ordinarias de Molina, Mier. Gutierr. Gama, y los demàs que hablan en los terminos de los llamamientos, y substituciones regulares, como queda fundado en este Discurso, y en nuestra primera alegacion; y lo declaran expressamente las fundadoras en las Clausulas que dexamos referidas supra num. 8. ibi: *En primer lugar Alonso Fernandez de Argote su hermano, y despues a su hijo varon legitimo, y despues a su nieto y bisnieto, y los descendientes dellos varones legitimos; y que assi vaya discurriẽdo, y sucediendo por los descendientes varones mayores, para siempre jamas por linea masculina*: y en defecto destos varones llama a las hijas; y de la misma suerte en todas las demàs clausulas, y substituciones, q̃ por quedar referidas a la letra, no las repetimos.

18 En cuyo caso nadie ha dudado, que la prelacion de los varones sea irregular, y exclusiua de las hembras mas cercanas, como lo resoluio el señor Molina en *el lib. 3. cap. 5. num.* 37. in illis verbis: *Sed quamuis hæc omnia probabilia esse videantur, nunquam tamen in forensibus controuersiis admitti solent: imò eo ipso, quod maioratus institutor masculos ad primogenij successionem inuitauerit, censetur fœminas propter masculos remotiores excludere voluisse*. qui etiam en el num. 62. aun se declara mas, y el Adicionador en ambos lugares refiere innumerables Autores, que son de la misma opinion; y Casanat. *cons. 50. à num. 2.* và siguiendo nuestro Discurso, y respondiendo a todas las inculcaciones contrarias con grandes fundamentos, y mucha erudicion, y en particular a las palabras: *Prefiriendo los varones a las hembras*: que pondera el Abogado de D. Catalina en su alegacion num. 66. en su fauor, & dicit referri ad descendentes masculos, en conformidad de los llamamientos antecedentes, num. 12. & 13. ibi: *Nam respondeo primò ea verba, prefiriendo los varones a las hembras, referri ad descendentes masculorum antea vocatorum*, hoc est, para en caso de faltar descendientes varones de los llamados, que por via de regla quedaron preferidos, mayormente iunctis verbis de las Clausulas: *Por la via, y regla, y con las condiciones, y substituciones, y penas declaradas*. Et ibi: *Y que esta regla y orden sea guarda*

 da

da, y tenida en la sucessión de los varones mayores descendientes de vos el dicho mi hijo.

19 Quæ inducunt similitudinem vinculorum, & substitutionum præcedentium ad quas referenda sunt in omnibus, per omnia, & cum omnibus qualitatibus? Clausulis, & conditionibus in termino ad quem referuntur contentis, *l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. l. asse toto, ff. de hæred. instit. Felin. in cap. fin. de offic. delegat. Bartol. Dec. Paris. Decian. Peregrin. & alij, quos refert, & sequitur D. Ioan. del Castillo lib. 3. cap. 15. numer. 38. Casanat. cons. 36. à num. 6. & cons. 50. à n. 13.* dōde con singularidad, y erudiciō resuelue lo bastante, para satisfazer a lo que en contrario se pondera.

20 La quarta razon, y que reduce el punto a terminos claros y euidentes, es, porque no solo se halla la dicha D. Catalina con la exclusion que resulta de la vocacion, y llamamiento vniuersal de los varones, in quo duo capita continentur, vnum masculorum inclusiuum, alterum fœminarum exclusiuum propter ipsos masculos, *vt ex l. 1. C. ad legem Iul. de adulter. & alijs probatum est in nostra 1. allegat. num. 40.* sino con otras dos exclusiones formales, & de per se. La vna resulta de la Clausula 3. y 7. de quibus supra num. 8. en las quales disponen las dos fundadoras: *Que en caso que qualquiera posseedor muriere sin dexar hijo, ni nieto, ni otro descendiente varon, y quedare su muger preñada, y pariere hijo varon, el tal hijo suceda en los dichos bienes y mayorazgos.* Con que en el caso de nacer postuma, no solo no quedó llamada, pero excluida, *ad text. in l. cum Prætor, de iudic. l. quæsitum, §. sed & Papinianus ff. de fundo instructo, cap. Reinaldus, de testament.* y es formal la dicha *l. 1. C. ad leg. Iuliam, de adulter.* ibi: *Quæ cum masculis iure mariti accusandi detulisset, non idem fœminis priuilegium detulit:* y lo comprueuā los Autores referidos en nuestra 1. aleg. d. n. 40.

21 Y no tienen fundamento las euasiones que el Abogado de D. Catalina haze en su alegacion, porque la primera en el num. 9. 22. y 63. es contra la verdad, y contextura de las dichas Clausulas, porque en ellas solamente llama al postumo varon, y no a la postuma, como en dichos numeros refiere. Ni tampoco la segunda, de que las dichas dos vocaciones fueron para efecto de preferir el sobrino al tio, siguiendo la representacion, porque aunque esto sea assi, no se sigue

que

que la postuma quedasse llamada, para q̃ excluyesse al tio, antes excluida, y preferido el tio, por el llamamiento de varones antecedente. Fuera de que se contradice expressamẽte en esta inteligencia el mismo Abogado de D. Catalina, a lo que funda en su alegaciõ, maxime desde el num. 80. dõde reconoce, y assienta por llano, que las hijas de los vltimos posseedores quedan excluidas por los tios, hermanos de sus padres.

22 La otra manera de exclusion aun es mas clara, porque es expressa en ambas las dos fundaciones, de quibus nobis sermo est, vt videre est de las clausulas referidas sup. n. 8. maximè en la quinta, donde auiendo formado vn llamamiẽto colectiuo, y general de los varones descẽdiẽtes de los primeros llamados, dize: *Vengã al hermano mayor legitimo del posseedor, q̃ fallecio sin dexar hijos varones, y despues del su hijo, nieto, è bisnieto, è los descendientes dellos varones, por manera, que auiendo varon de la dicha descendencia, no pueda ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo.* Y en la octaua dize: *Y en defecto de varon, se guarde la sucession, regla, è orden, como, è de la manera que por mi està dicho y declarado, por manera, que auiendo varon, no pueda ser llamada muger alguna.* No percibimos que pueda auer disposicion mas clara, en exclusion de las hembras mas cercanas, en tanto que huuiere varones descendientes de los primeros llamados, porque las palabras son expressas, que las excluyẽ, y puestas por via de regla, id enim important illa: *Por manera, que auiendo varon de la dicha descendencia, no pueda ser llamada muger alguna.* Y aquellas: *Por manera que auiendo varon, no pueda ser llamada muger alguna, vt docet D. Molin. de primog. libr. 3. cap. 5. in principio, versic. In primis, & plures congesti ab eius Additionatore.*

23 Sed iterum, atque iterum, inculca el Abogado de D. Catalina sobre el derecho de la linea natural, y de sustancia, y ordinaria, a cuyos terminos pretende reducir todos los llamamientos colectiuos, y lineales, que formaron las fundadoras, y la prelacion de todos los varones llamados, reconociẽdo, que solos los hermanos varones de los vltimos posseedores tienen prelacion a las hembras hijas dellos, por la Clausula 5. de qua supra num. 8. De suerte, que en solo esta especie de varones confiessa la irregularidad de los llamamientos,

tos, y que respeto de todos los demâs; y de q̃ no quedô hermano varon del vltimo posleedor, se ha de suceder por la linea natural en que se halla incluida D. Catalina, y cõ la prerogatiua del grado, iuxta iura, & obseruationes ordinarias, sed hoc fundamentum leuius cæteris est, & facilimo negotio diluitur.

24 Porque la linea es en dos maneras; vna que se llama natural, y de substancia; otra es la linea de calidad, *vt colligitur ex traditis à Bald. conf. 334. incipit in quæstione, num. 10 lib. 3. Ancharano conf. 95. n. 10. & ex pluribus Ceuallos 4. p. q. 905. num. 187. & seqq.* La linea de substancia es la misma que confiessa el Abogado de D. Catalina, en que se comprehenden general, é indistintamente todos los descendientes del comun, y primero stipite varones, y hembras, *l. stemata 9. l. IurisCon-sultis 1. ff. de gradib. l. 2. tit. 6. p. 4. vbi Gregor. Lopez gloss. 1.* y la Legal, introducida, y formada por la misma naturaleza, y por derecho comun para las sucessiones, assi de bienes libres, ex prædictis iuribus, como de bienes vinculados, *ex l. 2. tit. 15. part. 2.* La qual comunica la prerogatiua de la sucession lineal a la hembra, en defecto del hijo varon, *vt pro regula tradit Molin. lib. 1. c. 3. n. 8. & seqq.*

25 La linea de calidad es la que procede, no por las reglas ordinarias, y naturales del derecho, sino por la voluntad pura, y absoluta del fundador; el qual añadiendo a los llamamientos alguna calidad inclusiua de cierto genero de personas, ô sea calidad natural como de varones, ô de hijos segundos, ó accidental, como de grados, ò otro semejãte, limita la disposicion a solas las personas de aquel genero, *iuxta textum, l. quæ conditio, ff. de condit. & demonstrationib. & ex pluribus tradit Ceuallos d. q. 905. à num. 187.* y dellos se compone, y forma la linea en quien queda la prerogatiua de la sucession priuatiué, & exclusiué ad reliquas personas, quibus non adest illa qualitas; quia inclusio certorum, exclusio est aliorũ, qui diuersi sunt ab inclusis, *Bart. in l. 2. §. videndum, num. 2. ad Tertylianum, ex ratione textus in l. cum prætor, ff. de iudic. Menochio conf. 97. num. 102. libr. 1. Peregrin. de fideicommiss. artic. 43. num. 46.*

26 Vnde auiendo ambas las fundadoras destos mayorazgos llamado a la sucession dellos a todos sus hijos varones, siue ra-

tio-

tione prælatione ad másculos, siúe alia ratione, y excluido las hembras hijas de los vltimos posseedores, en tanto que huuiesse varones descendientes, vt satis probatum est, no se debe hazer caso de la prerrogatiua de la linea natural, porque esta calidad, que regularmente en los mayorazgos causa prelacion, està sujeta, y rendida à la voluntad del testador, *ex vulgatis iurib. ex l. 40. Tauri, in fine*, vbi Doctores.

27 Particularmente estando formadas las lineas de los varones con la calidad de descendientes por linea masculina, y con la de varon en varon, en cuyos terminos no puede entrar el llamamiento de ninguna hembra; tum, porque el que conforme a ellos pretẽdiere suceder, ha de tener dos calidades, vna de descendiente por linea derecha, y otra de varon, que es la calidad con que la linea està formada, *ex plurib. & rationib. adductis, supr. n. 3.* túm etiam, el llamiento de varones de vno en otro, denota, que à cada varon le està sustituido otro varon, y si alguna hembra se interpusiesse, no se puede dezir que la sucession es de varon en varon, vti considerat Riminaldus *conf. 309. n. 49. Mantic. de coniecturis vltimarum voluntatũ, lib. 8. tit. 18. n. 17. y Gozadino, Antonio Fabro, y Castill. lib. 5. controu. cap. 91. ad finem*, y el Adicionador à Molin. *libr. 1. cap. 6. n. 38.* y otros que refiere el Abogado de D. Iuan de Argote en su alegacion, *num. 73.* tum denique, porque allanandose el Abogado de D. Catalina, como se allana, à que las hijas de los vltimos posseedores, no pueden suceder auiẽdo tio, hermano de su padre, ya reconoce, que la linea natural, y de sustancia, y el modo regular de la sucession estàn alterados, y assi solo resta, que satisfazer à esta vltima consideraciõ, y fundar, q̃ la irregularidad de los llamamiẽtos de ambas las dos dichas fundaciones, no se puede restringir a solo los hermanos de los posseedores q̃ murieron sin hijos varones, dexando hijas, sino que es general para todos los varones descendientes de los primeros llamados, secundum lineæ & gradus prærogatiuam.

28 Lo q̃ ocasiona al Abogado de D. Catalina al discurso q̃ haze desde el n. 82. de su alegacion, en que pretẽde fundar, que las hijas del vltimo posseedor estan excluidas solamente por los tios, hermanos de sus padres, es la clausula 5. referida *sup. n. 8.* in illis verbis: *Si vos el dicho mi hijo à la sazon, no tuuieredes hijo, ni nieto descendiente varon, nacido de legitimo matri-*

trimonio, por la via masculina, à quien pertenezca el dicho mayorazgo; segun que en esta carta è institucion se contiene, si tuuieredes, ò tuuieren hija, à esta tal no la llamo, ni sea llamada al dicho mayorazgo, ni pueda ser parte para auer los dichos bienes, è que los aya, è vengan al hermano mayor legitimo del posseedor, que fallecio sin dexar hijos varones.

29 Pero nullius ponderis, aut momenti est ex pluribus cōsiderationibus, la primera, porque esta Clausula no se halla en la disposicion de D. Ines de Aguilar, y assi no se puede aplicar à ella, quia à separatis non fit illatio, *l. rerum mixtura, ff. de rer. diuision. l. Papinianus exuli, ff. de minorib. cum similib.*

30 La segunda, por lo q̄ à nuestro entender està fundado en la alegacion primera de D. Fernando Ioseph de Argote *à n.* 47. *hasta el* 51. hic omnino repetendum.

31 La tercera, & quæ nimis adstringit, porque al llamamiento del hermano mayor del posseedor, precede el llamamiento general de los varones descendientes de los llamados, no solo en lo dispositiuo, sino en lo condicional, y exclusion expressa de las hijas de los posseedores, in illis verbis: *Si tuuieredes, ò tuuieren hija, à esta tal no la llamo, ni sea llamada al dicho mayorazgo, ni pueda ser parte para auer los dichos bienes:* y assi el llamamiento inmediato del hermano mayor legitimo del posseedor, no fue visto hazerse para restringir los llamamientos colectiuos, y generales de los demas varones descendientes, y exclusion de las hembras que auian precedido, sino para demostrar el concepto que la fundadora lleuaua de continuar la succession de su mayorazgo en varones, llamando para esto à aquel, que segun su disposicion tenia el primero lugar y llamamiento en la succession, como declarando la persona, quæ tacitè ex vocatione masculorum inerat; iuxta tradita in nostra 1. allegatione, *n.* 57. y en la de D. Catalina, *num.* 32. y para preferir los hermanos de los vltimos posseedores à otros descendientes varones de hembras, que podian pretender, como descendientes de los vltimos posseedores prelacion, ex vocatione generali masculorum, que es el efecto que verdaderamente obra la especificacion de los llamamientos de algunas personas, auiendo precedido el general, y comprehēsiuo de todas las de aquel genero, *vt ex l. cum ita, §. in fideicommisso, l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2. l. pronuntiatio, §. familiæ, ff. de verborum significat. l. fin. C. eod.*

eodem tit Beroius conf. 120.*num.*74.*lib.*2.*D.Molin.lib.*1.*cap.* 4.*à n.*32.*Castill.lib.*6.*cap.*160.*à n.*12.

32 La quarta, porq̃ la fundadora vsò de dos palabras, de significaciõ latissima, inclusiua, y prelatiua de todos los varones, y exclusiua de las hẽbras, alterã illud verbũ *descendiente, per textũ in l.Titius, ff.de liberis & posthumis, docet Couarrub.in practicis, cap.*38.*num.*6.*&* 9.*Auend.l.*40.*Tauri, glos.*17.*num.*35.*Molina de primogen. lib.* 6.*cap.*3.*num.*46. Alterum, *muger alguna*, negatiuè enim cõceptum est vniuersale, & omnimodam exclusionem præsefert, vt *per glos.in cap.si propter, de rescriptis, lib.* 6.*Mier.* 2.*part.quæst.*6.*num.*487.*Tiraquel.l.si vnquam, C.de reuocandis donationib. verb.Omnia, num.*13.*&* 14.*August. Barbos. de dictionib. dictione* 22.*num.*6. Y assi quererla restringir a sola la prelacion de los tios, hermanos de padre, es querer adulterar el sentido, y destruir el concepto de la fundadora.

33 Præmaximè, siguiendose luego las palabras que inmediatamente se siguen al llamamiento del hermano, que son estas: *E despues del su hijo, nieto, bisnieto, è los descendientes dellos varones mayores: por manera, que auiendo varon de la dicha descẽdencia, no pueda ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo; pero en caso que no aya varones legitimos en la dicha descendencia, vengan los dichos bienes a la hija mayor legitima del tal sucessor, è successores que falleciò sin dexar hijos, ni nietos, ni otros descendientes varones*, in quibus duo sunt notatu digna; Vnum, que por todo genero de varones estan excluidas las hembras, hijas de los posseedores segunda vez, que prueba ser mas enixa y exuberante la voluntad de excluirlas, *ex l. Balista ad Trebellianum, cum similibus.* Alterum, que la dicha exclusion fue por todo genero de varones, ex quocumq; sexu descendentes, siue per virilem, aut fœmininum ex proprietate vocabuli, iuxta tradita in nuestra 1. allegatione, *à num.*38. & mirabiliter cum *Bart. Ang. & alijs Pedr. Surdo conf.*85.*num.*20.*& n.*21. donde en terminos de vn estatuto que excluye a las hẽbras por los hermanos varones, dize, *quod præsens decretum nõ potest dici factum solum fauore fratrum, siue intelligamus de fratribus defuncti, siue de fratribus filiæ exclusæ, quia dicit, vel hæredes parentum defunctorum, dicitur enim factum fauore hæredum, tam abintestato, quam ex testamento, vt per Bartulo in l.fin.numer.*3. *vbi Angel. & Ias. C. de pact. cum pluribus, de*

qui-

quibus, per D. Beccium in conſ. 107. num. 8. Georg. Nattam de ſtat. excluſ. quæſt. 4. num. 117. & comprobaui aliquando multis rationibus, & ideo licet non extent fratres, extant tamen aliæ perſonæ, quarum fauore dotata remanet excluſa.

34 Y no ſolo por los varones deſcendientes del tal hermano del vltimo poſſeedor llamado, ſino por los demas varones y deſcendientes de los primeros llamados, porque la palabra *dicha deſcendencia*, ſirue à toda la clauſula, en que eſtà llamada la deſcendencia de Alonſo Fernandez de Argote por ſus lineas y grados, haſta llamar al hermano del vltimo poſſeedor, ex vulgari text. *in l. 3. §. Filius inter medias, vbi Bart. n. 2. de liberis & poſthumis, l. talis ſcriptura, §. fin. de legat. 1. idem Bartulus in l. Saiæ, §. Caio, ff. de fundo inſtructo, Peregrin. artic. 16. num. 35. 72. y 74. latè & copioſè Caſanat. conſ. 36. à num. 17. y num. 19. y 20.* ibi: *Quod clauſula relatiua, ſeu repetitiua, quæ poteſt referri ad plures perſonas, ſemper comprehendit eas perſonas, quibus vniformiter congruit, & in quibus adeſt qualitatuum conformitas.*

35 Y en ambos eſtados y llamamientos ay la miſma conformidad, en eſtar llamados, y preferidos los vnos, y excluſas las otras, como parece de las palabras que quedan ponderadas de todas las clauſulas, y en particular de la 5. y de las que ſe ſiguen inmediatamente, ibi: *Por manera, que auiẽdo varon de la dicha deſcendencia, no pueda ſer llamada muger alguna al dicho mayorazgo; pero en caſo que no aya varones en la dicha deſcendencia legitimos, vengan los dichos bienes a la hija mayor legitima del tal ſucceſſor, è ſucceſſores que falleciò ſin dexar hijos, ni nietos, ni otros deſcendientes varones.* De ſuerte, que antes y deſpues del llamamiento del hermano varon mayor del vltimo poſſeedor el llamamiento de las varones, y excluſion de las hembras ſon colectiuos y generales, y por via de regla, con que el del hermano ſolo viene a obrar la expreſsion del caſo particular en que queda llamado, aliàs ſe ſiguirian dos abſurdos intolerables: el vno, q̃ la fundadora, ſtatim nollet, quod ſtatim vellet, corrigiendoſe incontinenti con dos coſas contrarias, quod præſumi non poteſt, ex vulgi text. in *l. vbi repugnantia, de regulis iuris, l. nam ad ea, ff. de conditionibus, & demonſtrationibus.* Alterum, que todas las preuenciones, y llamamientos extraordinarios en que la fundadora llama a los varones, y excluye à las hembras con tantas repeticiones, fueron ſuperfluas, & ſine effectu aliquid operandi: y ſi ſe hu-

uie-

uiera de interpretar, y tener la sucesion por regular, de nihilo seruiret contra textum *in l. 1. §. hac verba, ff. quod quisque iuris, l. penult. §. docere, ff. ne quis eum qui in ius, l. quoties, ff. qui satisdare cogant. l. si quando, delegatis 1 cum similib. Cassanat. consil. 47. n. 104. y 105. vbi cũ Bartul. Crauet. & alijs, dicit talem interpretationem fieri debere, vt non solum integra clausula superflua sit, sed neque vlla sillaba ne verba de vento seruiant.*

36 La quinta y vltima consideracion nace de la verdadera inteligencia de dos Clausulas: la vna es la que llamamos de la postuma, referida *sup. n. 8.* La otra, en la que las fundadoras excluyen de la succesion a las hembras, hallandose casadas al tiempo de la vacante, y no estandolo, y llegando el caso de su llamamiento, las obliga à casar con pariente de la familia de los Argotes, que tambien el Abogado de D. Catalina pondera en su fauor, sine vllo iuris fundamento. En la primera, considerando la fundadora no auer varon descendiente de los primeros llamados, que pueda suceder en el mayorazgo, ó por muerte, ó por qualquier caso, ó causa de las declaradas en la fundacion, que sea por linea masculina, dexando à su muger preñada, auiendo, y quedando descendientes por via de hembra, manda, que el mayorazgo, y succesion del esté suspenso, é vaco, y si pariere hijo, suceda, y, si fuera hija, se guarde el orden del dicho mayorazgo.

37 Donde son de notar tres cosas certissimas. La primera, q̃ aunque los varones descendientes por la linea masculina del posseedor, per prius, por la prestãcia de la calidad, estàn preferidos, y llamados à la succesion, en su defecto sucedẽ los varones descendientes de hembras, secundum gradus prærogatiuam, assi por los llamamientos dispositiuos, y antecedentes, como por estar puestos en condicion, iuxta tradita à Domino Molina, y à los autores que alega el Abogado de D. Catalina en su alegacion, *n.* 108. La segunda, que todas las hijas de los vltimos posseedores quedan excluidas de la succesion, pues por el mismo caso que el posseedor muere dexando su muger preñada, la fundadora suspende la succesion del mayorazgo hasta el parto, y siendo varon, le llama, y si es hembra, no dize que suceda, sino *que se guarde la orden deste dicho mayorazgo.* La tercera, que en aquella palabra *se guarde la orden deste dicho mayorazgo*, no fue llamar à la hembra en caso de no ser el postumo varon, porque

fa-

facil le fuera à la fundadora, como dixo; que siendo hijo el postumo, sucediera tambien siendo hija; y pues no lo dixo, no lo quiso, ex vulgatis iuris principijs.

38 Y lo que quiso fue, no como el Abogado de D. Catalina pretende en su alegacion, *n. 104. y 105.* que sucediesse el hermano mayor varon del posseedor, tum, porque ya lo dexaua proueido, y llamado, especialmente, y viniera à ser superflua la disposicion: tum, porque quando hizo el llamamiento del postumo, ya considerò la deficencia del tal hermano en las palabras antecedentes de la misma Clausula, ibi: *E si vos el dicho mi hijo à la sazon, no tuuieredes, ni tuuieren hijo, nieto, ni otro descendiene varon, nacido de legitimo matrimonio por la via masculina,* sino que si el postumo fuesse hembra, sucediessen los varones descendientes de las hembras, cuya existencia considerò quando los puso en condicion, in illis verbis: *E tuuieredes, è tuuieren hijo, ò otro descendiente por la via femenina,* à quiẽ dexaua llamados, y preferidos à las hẽbras la fundadora, y su hija D. Ines: y porq̃ no tuuiesse duda esta inteligẽcia, pone en las palabras consecutiuas à las antecedentes, ibi: *Y esta regla, y orden sea guardada, y tenida en la sucession de los varones mayores, nacidos de legitimo matrimonio, descendientes de vos el dicho mi hijo, y assi de varon en varon, como dicho tengo, y en defecto de varon se guarde la succession, regla, è orden, è de la manera què por mi està dicho, y declarado, por manera, que auiendo varon no pueda ser llamada muger alguna.* De suerte, que la inteligencia de las palabras antecedentes que apelan sobre el parto de la muger del vltimo posseedor difunto, ibi: *E si fuere hija, se guarde la orden deste dicho mayorazgo,* es lo que en las siguientes, q̃ son ellas, por ellas, declara la fundadora, hoc est; *que auiendo varon, no pueda ser llamada muger alguna,* en que està incluidos todos los varones descendientes de los primeros llamados, y excluidas por ellos todas las hembras de mejor linea, y grado, vt sæpius probatum, & repetitum est superius, & in prima allegatione.

39 Y en tanto grado menospreciaron à las hembras las fundadoras, que no quisieron que sucediesse, et iam en defecto de todos los varones descendientes de los primero llamados, hallandose casadas al tiempo de la vacante, y que estando habiles para casarse, y para suceder, huuiessen de casar precisamente con varones de la familia de los de Argo-

te.

te, donde no las priuan de la succession, como sino fueran nacidas. De dõde se coligen dos cosas, la vna, que las fundadoras fueron con mira de que aun en los casos que pudiessen suceder las hembras, fuesse casandose con varones de la familia; por el grande amor, y predileccion que tuuo al sexo masculino; La otra, que los varones con quien huuiessen de casar fuessen los transuersales de la familia mas cercanos, que no tuuiessen su vocacion en los llamamientos antecedentes, para que la disposicion se entienda sin encuentro, & modo ciuili, iuxta textum *in l. nam ad ea, ff. de condition. & demonstrationibus, l. eam qui, §. fin. ff. de his quibus vt indignis, Tiberius Decianus cons. 22. n. 14. libr. 3. Mantic. de coniecturis lib. 11. tit. 23. n. 15.*

40 Ex quibus omnibus à D. Catalina no puede sufragar el vltimo fundamẽto q̃ su Abogado pondera, *ex c. 1. §. inter filiã si de feudo defuncti contentio sit*, y el priuilegio de posseedora de los bienes de los mayorazgos: Respondetur etenim, lo vno, que aquel texto procede en terminos de que la hija del posseedor pide la possession de los bienes à titulo de libres, por la presuncion de que lo son, en tanto que no constare ser vinculados, vt patet ex dict. §. ibi: *Inter filiam defuncti & agnatos eius, de quodã predio mota est quæstio agnatis feudũ, filia vero allodium, siue libellalium asserentibus*: Y en nuestro caso las partes van conformes en que son de mayorazgo, y se piden por tales. Lo otro, porque en ambos los dichos dos casos, el tercero que se opone contra la hija del posseedor, es oido, y si incontinenti muestra su derecho, ha de vencer por la razon del texto en la *l. 45. de Tarp*, & quæ tradunt ibidem *Antonius Gomez n. 147. D. Iuan del Castill. lib. 3. c. 24. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 43. Argelus de legitimo contradictore q. 2. art. 5. maxime n. 170. & in tractatu de acquirenda possessione q. 8. per totam. Caualcanus decis. 36. num. 454. part. 3.*

SEGVNDA PARTE.

RESPONDESE A LA INFORMACION de D. Iuan de Argote.

EN el articulo primero de nuestra alegacion primera, està fundado, à nuestro entender, bastantemente la prelacion de D. Fernando Ioseph de Argote, no solo en

com-

competencia de doña Catalina, sino del dicho don Iuan, y assi aunque hemos visto la alegacion que se haze en su defensa, se nos ofrece poco que añadir en su satisfacion, assi porque en la nuestra està tocado todo lo mas sustancial, como porque en toda la contraria no hallamos fundamento q̃ obligue a mayor satisfacion de la que està dada.

41 Todo el discurso de la alegacion de don Iuan de Argote, en el 2. artic. viene a parar, en que estos mayorazgos son de agnacion, saltim limitada a los descendiẽtes de Alonso Fernandez de Argote primer llamado, y que siendo don Iuan el agnato mas proximo de la dicha descendencia, y hallandose capaz y libre de la profession que hizo de Religion, excluye a doña Catalina por hembra, y a don Fernando Ioseph por varon cognato, aunque ambos se hallen en linea y grado ventajoso, y la agnacion la funda: lo vno, en que doña Francisca en el principio de la fundacion de su mayorazgo, dize lo funda para la conseruacion de la memoria de su marido, y sus hijos: Lo otro, en el grauamen del apellido, y armas de Argote, cõ que grauò a los succesores, aunque fuessen hembras: Lo otro, por el llamamiẽto de varones tan cõtinuado, y exclusion de las hembras: y vltimamente por auer calificado los llamamientos de los varones, con la calidad de que fuessen descendiẽtes de vno en otro, y por la via y linea masculina.

42 Pero aunque mas procura esforçarse el intento de la agnacion, no concluye otra cosa, que la exclusion de las hembras mas cercanas, y prelacion de todos los varones, que es lo mismo que don Fernando Ioseph pretende, y tiene concluyentemente fundado, y aora resultarà con mayor claridad, cargando la consideracion en cada qual de las congeturas, en que el Abogado de don Iuan de Argote funda la calidad de la agnacion, porque la primera, quando sea cierto que doña Francisca dessealle conseruar la memoria de su marido, y de sus hijos (circunstancia que no se halla en ninguna de las demas fundaciones) esta es vna calidad que conuiene naturalmente, y segun la naturaleza de los mayorazgos a todos los de la familia, assi varones, como hembras, sin que della se pueda sacar congetura cierta de agnacion, *l. 1. 2. & 3. ff. de liberali causa, l. communium, §. illo videlicet, C. de naturalibus liberis, cap. nouit, vbi Anton. de Butr. de iudicijs, Bero-*

ius

ius conf. 77*.n.*12*.vol.*2*.Greg.Lopez l.*3 *glos.*2*.quæst.*3*.tit.*13*.p.* 6*.Mieres de maioratib.*2*.part. quæst.*6*.n.*88*. vsque ad* 91*. vbi pro hac sententia expendit textũ,l.* 6*.tit.* 15*.part.*2. Y lo mismo procede quanto al grauamẽ de nõbre, y armas de los de Argote, como lo resuelue en terminos *Molin.lib.* 3*. cap.* 5*.num. fin.& ex pluribus Castill.tom.* 5*.cap.*93*.§.*20*.&* 21. Y lo dexamos fundado en nuestra primera alegacion, *n.* 61*. &* 67*. & sequenti.*

43 En el llamamiento de varones continuado, tãpoco se puede hazer argumento de agnacion, porque por leyes, y por razon y autoridad de grauissimos autores de todas edades, y en todas materias, tanto comprehende a los varones de hembras, como a los varones de varones, como lo fundamos en nuestra primera alegacion, en la 2. parte, en el 1. y 2. punto, y en primero lugar, y en duda se ha de interpretar la disposicion de la fundacion en este sentido, por ser interpretacion menos odiosa, y opuesta a la naturaleza de las successiones de los mayorazgos de España, y menos correctoria del derecho comun, vt probauimus in nuestra 1. allegation. *n.*54*. & nũc addimus Simonem de Prætis de vltimis volnntatibus lib.*1*.interpr.*1*.dubitatio.*4 *solutione* 1*. per totã, fol.*54*. Petrus Surdus conf.*85 *num.* 5*. &* 245*. n.* 9*. & magis in indiuiduo Rota Romana apud Farinac. decis.*392*.n.*2*. in volumine nouem Centuriarum, eadem Rota decis.*376*.num.*2*.*1*. part. diuersorum Sacri Palacij plures referens Castill.lib.*2*.cap.*4*.n.*128.

44 Et pari modo, la continuacion del llamamiento de vno en otro, y de varon en varon tiene la misma interpretaciõ, porque como la palabra *varon*, comprehende a los que tienen la calidad de varon, cuiuscumq; sexus, esso mismo se ha de entender quando el llamamiento està formado con la calidad de varon en varon, y de vno en otro, pues por ella no degenera de su natural, y comun significacion, y comprehension, y solo se explica mas el cõcepto del fundador, y aquello mismo, quod tacite ex vocatione masculorũ inerat, vt ad saturitatem probauimus in 1. allegatione, *n.* 57*. &* 58. cui considerationis rationẽ præstat, el que en las palabras *de vno en otro, y de varon en varon*, y otras semejantes, està repetida la calidad de los varones llamados en las substituciones precedentes, maximè, en virtud de las palabras que se hallan en las dichas clausula, *como dicho es, y de la*

 ma-

manera, regla y modo, &c. que son repetitiuas præcedentium qualitatum, ex Doctoribus *in l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. Surdus cons. 313. n. 40. & cons. 352. n. 7. Menoch. cons. 1005. num. 3. volum. 11. Peregrin. de fideicommissis art. 16. n. 111. Garc. de nobilitate in diuisione operis n. 49. & 51.* De suerte, que la continuacion de los llamamientos, que estas palabras importan *de masculo in masculum*, es fuerça que se entiendan de varones de hembras, como lo fueron los llamados en las primeras substituciones.

45 La exclusion de las hembras, de que vsó D. Francisca en su fundacion, puede tener vno de dos respetos, ó que se hizo por conseruar la agnacion, ô atendiendo à solo à la masculinidad; por las razones que suelen mouer à ello à los fundadores, prestancia del sexo, ser mas à proposito los varones para la conseruacion de la familia, y aumento della, y para el seruicio de la Republica, y de los Reyes. El primero, respeto de conseruar la agnacion es restingible, y odioso en los mayorazgos de España, porque les haze degenerar, y los aparta de las reglas ordinarias, contra todo derecho diuino, y humano, *ex traditis per Molin. li. 3. c. 4. n. 18. & 21. & 30. & c. 5. n. 52. vers. Hæc autem, Burgos de Paz in proœmium legum Tauri, n. 118. & plures referens Castill. lib. 2. cap. 4. n. 128.* y assi se ha de entender é interpretar la voluntad de la fundadora en el segundo intento y sentido, por ser mas fauorable, y menos odioso, y mas llegado â las reglas ordinarias, como queda fundado en nuestra primera alegacion, *n. 54. & seqq.* y en esta *sup. n. 43.*

46 Et addimus, que la exclusion general de las hembras; y el llamamiento continuado de los varones, son dos cosas entre si, en tal manera correlatiuas, quod ex vnius positione necessario sequitur alterum, quia ex perpetua & successiua vocatione masculorum, sequitur exclusio perpetua fœminarum, *vt ex l. 1. C. de adulter. tradit Molin. libr. 3. cap. 5. n. 30.* & é conuerso, excluidas las hembras, resulta quedar llamados los varones, por cuya causa fueron excluidas, *vt ex doctrina Bartuli in l. 2. §. videndum, tradit Brunus in tractatu de statuto excludente fœminas, art. 6. n. 90. & 101.* y assi lo mismo que obra el llamamiento perpetuo, y continuado de varones, para presumir, y conjeturar si el testador considerô, ô no la agnacion; obra la exclusion perpetua de las hembras,

at-

atque ideo, como seclusa fœminarum exclusione, la disposicion, y fundacion, ex sæpé dictis, auia discurrido à fauor de los varones mas cercanos, puesta, como se puso, la dicha exclusion, con las palabras que quedan referidas, solo siruio de exceptuar à las hembras, con que quedò mas firme la regla en fauor de los varones no exceptuados, antes llamados en las vocaciones antecedentes, *ex vulgari textu in l. quæsitum, §. suppelectili, de fundo instructo, cap. qui ad agendũ, de procuratoribus in 6*. y declarar mas el concepto auer sido llamar solo à los varones, y de sacar la disposicion del corriente regular, y ordinario de los mayorazgos, poniendola en terminos de disposicion irregular, pro masculis tantum, quod plane fatemur, ex traditis *per Molinam lib. 3. cap. 5. n. 62. quem sequitur post plures Castill. lib. 2. quotidianarum c. 4. n. 72. Cassanat. cons. 47. n. 128. & seqq. eleganter Cephalus cons. 46. n. 44. vol. 1.*

47 Lo qual supuesto, solo resta satisfazer à la congetura que D. Iuan de Argote haze en el llamamiento de varones *por la via masculina, y linea masculina*, que es el entiuo, y mayor fundamento para la agnacion en que funda su pretension, à que concluyentemente dexamos satisfecho in nostra 1. allegatione in discursu tertij puncti, maximé *à n. 59.* reduciẽdo el discurso à dos fundamentos: El vno, à que la linea masculina se ha de entender de varones, non secundum ordinẽ originis, sed succedendi, y que esta es la interpretacion que siempre se debe hazer. El otro, que las fundadoras siempre llamaron à los varones por linea recta descensiué, & effectiué, & per prius, à aquellos que son de la linea continuada de varon en aquella misma linea donde entroncó la succession, & per posterius à los varones mas cercanos de la misma linea, con prelacion à los otros de las lineas postergadas, y atrassadas, cuiuscumque qualitatis sint, vt videre est per totum discursum.

48 Y aora maioris charitatis gratia, añadimos al primero fundamento: lo vno, que para que la linea que llamamos de calidad, pueda interpretarse por los varones verdaderamente agnatos, en exclusion de los cognatos, debe concurrir vna de dos circunstancias, ô que la fundacion sea de agnaciõ expressa, ò indubitada, taliter, que no se pueda dar otra razon, ni motiuo; ó que en ella se llamen solos los varones procreados por varones: y no basta dezir varones descendientes

de

de linea, ó por linea masculina: Lo primero es el sentir de todos los Doctores, y del señor Molina *lib. 1. cap. 6. à n. 38. y en el libr. 3. cap. 5. à num. 30. & vtrobique eius additionator, & plures refert Fusar. q. 346. à num.* 19. y lo segundo de mas de los Doctores referidos en nuestra alegacion primera, *n.* 73. lo resuelue en *Gozadino consil. 37. num. 15. y Antonio Fabro de errorib. pragmaticor. 1. part. decad. 28. error. 10. versic. At finge,* ibi: *Debuerant enim solos masculos, qui ex masculis essent vocare,* à quien refiere y sigue *Castill. libr. 5. controuersiar. cap. 91. ad finem, vers. Ne que obstant.*

49 Y en ninguna de las dichas fundaciones se hallan, ni pueden considerar las dichas dos obseruaciones, ni alguna dellas; pues no se puede afirmar por de agnacion vna disposicion hecha por hembra; y donde estan llamados varones cognatos, respecto de las fundadoras, y llamadas hembras despues de los varones descendientes de hembras, todas cõgeturas que excluyen, y se oponen à toda especie de agnacion, como se prueba en el tercer punto de nuestra alegaciõ: Y en quanto à esto lo ayuda bastantemente el discurso, y defensa de la alegacion de D. Catalina.

50 Sin que embarace la consideracion que contra esto haze el Abogado de D. Iuan en su alegacion, *n. 46. 75. y 76.* de que se ha de presumir quisieron las fundadoras conseruar la agnacion agena, y la dicha D. Francisca la de su marido: Porque se responde, que en la fundacion de D. Ines, no se halla palabra que insinue semejante intento, ni en la segunda de D. Francisca, *sino solo por conseruar la memoria de Diego de Argote su marido, è de sus hijos, è descendientes, porque su casa è bienes vayan siempre en acrecentamiento, y los posseedores dellos sean siempre honrados, è tengan, con que poder seruir al Rey è señor, y amparar, è defender à su Republica:* Quæ verba minimè inducunt agnationem, neque irregularitatẽ aliquã, sino solo intẽtó de conseruar, y aumentar la familia, y apellido de aquellas casas, que tanto se conserua por los descendientes de hembras, como por los descendientes de varones, como se fundô latamẽte en nuestra alegacion primera, y en esta *sup. n.* 42. sin que aya contradictor, que escriba, ni resuelua lo contrario de los que hasta aora hemos visto.

51 Alias enim, si pudiera ser el intento de las fundadoras el que

que don Iuan pretende, nunca pudieran succeder en estos mayorazgos las hembras, ni los descendiẽtes dellas, ni los descendientes mas cercanos varones del pariente mas cercano de la dicha doña Frãcisca, llamados en la clausula que se refiere en el memomial n. 18. ibi: *Y los tenga y possea el pariẽte mas cercano varon de la descendencia de mi la dicha doña Francisca de Aguayo, è de doña Ana de Guzman mi hija legitima, &c.* Todo lo qual denota, que el animo de las fundadoras, fue solo de preferir a todos los varones de las hembras, considerando la prestancia del sexo, y de la mayor aptitud que ay en ellos, para cõseruar la memoria, los bienes, el apellido, que son todas las causas, y motiuos que explicò doña Francisca en la clausula, y palabras referidas *supr. n. 50.*

52 Lo otro, y lo que reduce a terminos claros y euidentes el intento, é inteligẽcia de la linea masculina, de qua nobis quæstio est, es la clausula del memorial fol. 28. vers. *Otro si ordeno*, y es la septima q̃ dexamos referida, *supr. n. 8.* en la qual despues de auer llamado a todos los varones, y en su defecto a las hembras, y a los varones dellas, cõstituyó vna regla general para los descendiẽtes de todos los ya llamados, poniendolos en condicion, con las palabras de descendientes por linea masculina, donde se comprehendieron, no solo los descendientes de la linea començada, y continuada de varon en varon, sino la de los varones descendientes de hẽbras que diessen principio, y continuassen la linea de masculinidad, que fue la calidad con que las fundadoras quisieron calificar la linea que llamaron masculina, haziendo su disposicion menos odiosa, é irregular, que si fuera de verdadera agnacion, vnde conuiene el dicho llamamiento a dõ Fernando Ioseph, no solo por ser varon, sino por hijo de varon, que continuó la linea de masculinidad, como descendiente, y nieto de Alonso Fernandez de Argote, padre de don Alonso de Argote vltimo posseedor, sin embargo de ser hijo de hembra, subintrando eius locum, & quasi per remotionem illius, ad text. in *l. cum dote, ff. ad leg. Falcidiam*, ibi: *Non interpositi, sed capientis persona inspicitur, quæ est filius masculus, & iuxta dicta in nuestra allegatione n. 76.*

53 Y lo que se nos ofrece añadir a lo segundo, aunque serà breue, non erit contemnendum, porque aunque ambas las fundadoras llamaron, y prefirieron siempre a los varones,

fue

fue de vno en otro, y por la linea derecha, con la proximidad al vltimo posseedor: segun lo qual, aunque es verdad q̃ todos los descendientes de Alonso, y de don Diego de Argote de las casas segunda y quarta del Arbol, son descendientes por linea recta, no lo son de don Alonso Fernandez su hijo, y nieto, de la casa quinta, ni de don Alonso de Argote Aguayo, vltimo posseedor, por cuya muerte se litiga: & licet lo sea D. Catalina su hija, es hembra, y està excluida, tacita, y expressamente, como queda fundado, & quamuis don Fernando Ioseph no es hijo, ni descendiente del vltimo posseedor, lo es de hermana suya, y hijo de varon de la misma linea.

54 Et sic, ò ha de entrar continuando la linea de los varones, que acabó en D. Alonso de Argote vltimo posseedor, por hallarse con la calidad de varon, y mas cercano, y estar en la linea efectiua de calidad, como descendiente del padre del vltimo posseedor, ó continuãdo la linea de calidad de varones, que comẽçò en don Antonio de los Rios y Argote su padre, como varon mas cercano al vltimo posseedor, ex duobus notissimis principijs, vnum quod successio non debet transire de vna linea ad aliam, nisi defficientibus omnibus ex illa linea, per quã successio digressa est, vt ex c. 1. *de natura success. feudi, & alijs abundè probauimus in nuestra 1. allegatione à num. 7o.* Alterum est, que lo mismo procede, aunque el vltimo posseedor no dexe successores de la calidad requisita por la fundacion, y en el acabe la linea de posseedor, porque statim cæteræ lineæ posteriores pululant, & coalescunt, y se prefiere aquella a quien dio principio el mas cercano al vltimo posseedor, por la prerrogatiua del grado, *ex dictis in nuestra 1. allgatione ex n. 72. & ex latè cõgestis à Cephal. cõs. 251. n. 42. Greg. Lop. in l. 3. tit. 13. p. 6. glos. 7. verb. mugeres, colun. 7. Burgos de Paz in proœmio legum Tauri n. 123. & sequenti, Mieres 2. part. quæst. 6. à n. 69. Molin. lib. 3. cap. 8. n. 8. Ceuall. in communibus quæst. 905. ferè per totam, maximè à n. 175.*

55 Y lo asseguran, y hazen mas cierto las clausulas de ambas fundaciones, porque en general siempre fueron fauoreciendo a los varones; assi descendientes de varones, como de hembras, atendiendo á la linea derecha efectiua, por dõde discurriesse la succesion: y luego a los mas cercanos de la contentiua, consideradas las personas de los vltimos posseedores

see-

ſeedores, y en particular lo manifieſta la clauſula referida *ſupr. n. 8.* dõde acabada la deſcẽdẽcia de Alõſo de Argote, llama al pariẽte mas cercano: Y la quinta, dõde muriẽdo el vltimo poſſeedor ſin hijos varones, llama al hermano mayor del tal poſſeedor, queriẽdo q̃ aquel q̃ es de la linea contentiua, dé principio a otra efectiua, y de poſſeedor. Y en la ſeptima de la poſtuma, donde ſe dize, q̃ faltãdo hijo, nieto, ô otro deſcendiente varon por la via maſculina, y la muger del vltimo poſſeedor, quedando preñada, pariere hembra, auiendo varones por la linea femenina, la tal hembra no suceda, y ſe guarden los llamamientos del dicho mayorazgo, hoc eſt, que ſi el tal poſſeedor dexare hermano, el ſuceda, y en ſu defecto los varones de la deſcendencia, y linea recta donde entroncô la ſuceſsion, como lo manifieſta la clauſula octaua, in illis verbis: *Y aſsi de varon en varon, como dicho tengo, y en defecto de varon, ſe guarde la ſuceſsion, regla, è orden, como, è de la manera que por mi eſtà dicho, è declarado, por manera, que auiendo varon, no pueda ſer llamada muger alguna.* Nulla enim gloſ. melior inueniri poteſt, quam tradita ab ipſo teſtatore, vt docet *Bart. in l. Centurio n. 27. ff. de vulgar. Pariſio conſ. 91. n. 27. cum vulgatis.*

56 Ex quibus omnibus ceſſa totalmẽte el fundamento de la agnacicion abſoluta, ò limitada, ſobre que el Abogado de D. Iuan de Argote diſcurre, y ſe manifieſta con toda certeça y claridad, que por muerte del vltimo poſſeedor ſe ha cõtinuado la ſuceſsion deſtos mayorazgos en la linea de los varones mas cercanos en excluſion de la de los mas remotos en que ſe halla el dicho don Iuan, aunque ſea deſcendiẽte del primero llamado, por hallarſe preferido D. Fernando Ioſeph, como deſcendiente de la linea de primogenitura, y mas cercana al vltimo poſſeedor.

TERCERA PARTE.

57 PAra maximè, con la nota y embaraço de auer entrado en Religion, y profeſſado ſolemnemente en ella, no obſtante que por ſu parte ſe ha procurado deſvanecer por las ſentencias de la executoria, en que parece ſe declarô por nula la dicha profeſsion, y que en cõſequencia deſto ſe hallô capaz de la ſuceſsion deſtos mayorazgos al tiempo

de

de la vacante, *ex fundamentis suæ allegationis, à num.* 81. porque aunque sean, assi las dichas sentencias, y las dos dellas se pronunciassen antes de la vacante de los dichos mayorazgos, la tercera fue posterior y litigada cō fin de esta succession, y sin auer sido citados D. Catalina, ni D. Fernando Ioseph de Argote, que son los principalmente interessados, y que pretenden tener primero lugar en la dicha succession.

58 Quapropter nullatenus prædictæ sententiæ eis possunt præiudicare, cū sit res inter alios acta, *l. sæpè, l. de vno quoque, de re iudicata, l. cū quæritur, cū duabus seqq. & similib. ff. de exceptione, de re iudicata, & ex fundamentis in nostra prima allegatione adductis n.* 87. quibus probauimus sententias nunquam transire in rem iudicatam, en las materias de esta calidad, y aunque procediera en ellas lo que regularmente sucede en todas las demas, hoc est, el efecto perfecto de la cosa juzgada, conforme à los textos, y à las doctrinas que regularmente se suelen alegar, y alega en su fauor el Abogado de D. Iuan, no se pueden aplicar al caso de este pleito, por dos fundamentos concluyentes.

59 El primero, porque para que las sentencias y cosa juzgada puedan prejudicar à la persona que no litigó, son necessarios precisamente dos requisitos; el vno, que se aya litigado con persona legitima, y à quien en primer lugar, y principalmente tocasse la defensa de la causa. El otro, que se aya defendido plena y exactamente, de manera, que no se le pueda imputar dolo, fraude, ni genero de omission considerable en la defensa; tum etenim sententiæ cum principale lata nocet, aut prodest omnibus qui ab eo, vel in consequentiam idem ius prætendunt: dicitur enim litigatum cum legitimo contradictore, iuxta iura, & Doctores citatos in nostra prima allegatione, *num.* 86. y en la de D. Iuan de Argote, *num.* 94. *& duobus seqq.*

60 Y ninguno destos requisitos se halla en las sentencias, y executoria en que D. Iuan haze su fundamento, no el primero, porq̄ el litigio en la primera, y segūda instancia fue se sin citar à ningun interessado de la familia, ni à estos mayorazgos sobre que se litiga, y en la tercera, aunque parece litigó D. Pedro Fernandez de Argote hermano del dicho D. Iuan, esto, demas de auer sido vna cosa simulada, y afectada, como despues se dirà, el no era el contradictor legitimo

en

en ninguna consideracion, con quien se pudiesse litigar para efecto de que las sentencias prejudicassen a otros terceros, sino D. Catalina, y don Fernando Ioseph, a quien inmediatamente tocaua la defensa, como quien pretende, per se & principaliter, el derecho de la sucesion sin dependencia de las personas con quien se litigó, y assi las dichas sentencias podrian prejudicar a aquellos, no empero a estotros, que oy pretenden la sucession por su propio derecho y cabeça, iuxta veram interpretationem text. in *l. qui repudiantis, ff. de inofficioso testamento, l. Papinianus, §. si ex causa, ff. eodem l. 1. de exceptione rei iudicatæ, l. ingenuũ, ff. de statu hominũ, l. Diui, ff. de liberali causa, & in propria specie glos. singularis in l. cum nõ iusto, ff. de collectione detegenda, & mirabiliter Couarrub. pract. quæst. 13. n. 5.* vers. 2. ibi: *Quam ob rem non nocebit ei, qui ius à se ipso deducit nõ à victo .l. duobus, ff. de liberali causa, Hieronym. Gõçalez in regula 8. Cancellariæ, glos. 9. §. 1. num. 84. & duob. sequẽtibus.*

61 Neque secundũ, potius contrarium, pues como de la executoria consta, no huuo genero de defensa, ni de contradicion considerable, sino endereçada toda a conseguir el intẽto de la nulidad, lo qual consta manifiestamente, porq̃ la primera sentencia se dio en 8. de Febrero de 1634. y la segunda en Março de 645. auiendo dexado dormir el pleito onze años: y la tercera en Abril del mismo año, despues de la vacãte destos mayorazgos, auiẽdo salido al pleito el dicho D. Pedro de Argote, no a mas que para que se confirmassen las primeras sentencias, y huuiesse tres conformes, colũdiẽdo, y no alegando las razones que auia para que se declarasse por valida la profession, como en realidad de verdad lo fue, en cuyos terminos, aunq̃ se huuiera litigado el dicho pleito, cum legitimo contradictore, minime pudieran prejudicar las sentencias a ningun interessado, iuxta textum in *l. ex cõtractu, de re iudicata*, ibi: *Nisi culpa tutoris, l. si seruus plurium, §. siquis ante, ff. de legatis* 1. ibi: *Vel minus plene Pinelo in l. 1. C. de bonis maternis. 3. part. n. 50. Mier. 4. part. quæst. 14. à num. 64. & ex alijs pluribus Fusar. in tractatu de fideicommissis, quæst. 622. numer. 24. Salgad. de protection. regia 4. part. cap. 8. numer. 336.*

62 Y auiendose litigado con plena defensa, & cum legitimo contradictore, proceden los textos, *in capit. cum in Apostolica 18. de sponsalibus.* y en el *capit. tenor, de sentent. & re iudicata, cap. significauit 2. de eo, qui duxit in matrimonium, quam poluit, &c. cap. per venerabilem,* y las dotrinas *de Baldo, Lancellot. Tomas Sanch. de matrim. libr. 7. disp. 2. num. 15.* y de los demas que el Abogado de D. Iuan juntò en su alegacion, *num.* 88. para probar, que el matrimonio segundo, contraido pendiente el pleyto, sobre el valor del primero, es valido, declarandose el primero por nulo: lo qual no se puede aplicar à los terminos de nuestro caso, por los fundamentos referidos, y porque quando se pronunciô la tercera sentencia de la dicha executoria, ya auia sucedido la vacante, en cuyo tiempo era necessaria la abilidad para suceder, *iuxta textum in l. interuenit, ff. de legatis præstandis, l. non oportet, ff. de legatis 2. l. 1. §. si quis proximior, ff. vnde cognati. Molin. de primogen. libr. 1. c. 13. n. 37. & lib. 3. c. 10. vbi addicionator.*

63 Secundum & vltimum fundamentum est, que no solo estàn excluidos de la succession destos mayorazgos los que fueren Religiosos al tiempo de la vacante, como lo era Don Iuan de Argote, sino los que en qualquiera manera lo huuieren sido, por el fundamento de nuestra primera alegacion, *num.* 86. y porque vistas las clausulas de las dichas fundaciones, en la de Doña Ines memorial fol. 2. dize: *Quiero, y es mi voluntad, que no pueda ser admitido, ni recibido por Capellan persona alguna, que primero aya sido frayle, porque à la tal persona yo la repelo, y he por repelido del seruicio de las dichas Capellanias y nombramiento dellas, y haziendo lo contrario, el patron pierda el serlo de las dichas Capellanias, y passe al pariente mas propinquo:* y nombra por patrones à los mismos à quien dexa llamados à la succession del mayorazgo. Y Doña Francisca en la segunda fundacion repite y refiere todos los llamamientos y clausulas de la dicha D. Ines su hija.

64 Ex qua dispositione manifesté apparet el odio y aborrecimiento que las fundadoras tuuieron à este genero de personas, no solo siendo actualmente Religiosos, sino por auerlo sido: y assi de la misma manera que Don Iuan de Argote fue literalmente excluido para el

nom-

nombramiento de Capellan de las dichas Capellanias, por auer sido Religioso, en dichas fundaciones, se entiende tambien serlo de la succefsion principal de los dichos mayorazgos, y no comprehendido en el llamamiento general de varones descendientes, ex eleganti Iurisconsulto Responso *in l. Lucius Titius* 88. *§. Lucius Titius Damam, ff. de legatis* 2. donde se prueba admirablemente la proposicion, vbi Bartulus, & Paulus de Castro cæterique ordinari resoluunt, quod in generali vocatione testator non videtur sentire de odiosis, quos sequuntur plures quos refert, & sequitur *Petrus Surdus decis.* 41. *n.* 1. *&* 2. *addens; odiosũ non censeri vocatum ex dispositione facta ad commodum agnationis, & familiæ, ex Decio cons.* 286. *n.* 3. *Bald. in cap. fin. num.* 1. *de præscriptionib. Fusarius de fideicommissis & substitutionib. q.* 317. donde pone la questiõ in hunc modũ: *Quæritur, si testator vocauit ad fideicommissum filios, agnatos, cognatos, familiam vel similes, an exhæredati odiosi, & inimici admittantur?* Quam quæstionem, refiriendo à los mismos que *Pedro Surdo, à Menochio, Raudense, y à Molina de primogenijs*, la resuelue en la misma conformidad, por la razon del texto, *in dict. §. Lucius Titius Damam.*

65 Neque credibile est, que auiendo aborrecido tanto las fundadoras à este genero de personas para la succefsion de las dichas Capellanias, siendo disposicion de tan poca consideracion, auia de amarlos y quererlos para la succefsion de sus mayorazgos, deseando, como desearon, ilustrar su familia, y nombre, por medio de los successores, preuiniendo para el dicho efecto circunstancias y modos tan de supererogacion, como se ven por el discurso de ambas las dichas fundaciones, y condiciones en ellas puestas, quod vero verosimile non est, non habetur pro disposito à testatore, & sic é contra, omne verosimile pro disposito habetur, *Socinus Senior in l. cum auus, num.* 10. *ff. de conditionib. & demonstrationib. Menochius de præsumptionib. lib.* 4. *præsumption.* 67. *num.* 18. *Peregrinus de fideicommissis artic.* 11. *num.* 32. mayormente auiendo precedido clausula particular expressa sobre lo mismo, siquidem vna pars testamenti aliam declarat. *l. si seruus plurium, §. fin. ff. de legatis* 1. *l.* 1. *ff. de rebus dubijs, l. si cum fundum, de quo plura Mieres de maiorat.* 2. *part. in præfatione, à n.* 376. qui

num.

*n.*398. dize: *Optimè interpretari ex coniunctione totius testamenti, & omnibus clausulis simul iunctis.*

66 Con que parece quedan bastantemente satisfechos los fundamentos delas alegaciones de Doña Catalina, y de Don Iuan, y mas claro el derecho de Don Fernando Ioseph, para que se determine en su fauor, quod ita speramus. Saluo, &c.